

Förvaltningsrätten i Göteborg
Box 53197
400 15 Göteborg

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Västra Götalandsregionen, Regionens Hus, 462 80 Vänersborg

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

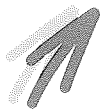
Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Västra Götalandsregionen ska betala 450 000 (fyrahundrafemtiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Västra Götalandsregionen (VGR) har brutit mot 15 kap. 4 § LOU genom att den 1 oktober 2015 ingå avtal om journalhantering med leverantören Conscriptor AB (Conscriptor) utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades. Det ingångna avtalet utgör en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Det i målet aktuella avtalet gäller journalhanteringstjänster. Tjänsterna innebär att sekreterare transkriberar vad en läkare dikterat under ett möte med en patient till patientjournaler. VGR har tidigare tillgodosett behovet genom att anställa personal.
3. Under 2013 genomförde VGR en upphandling av bemanningstjänster av läkarsekreterare. Efter tilldelningsbeslut i september 2013 överprövades upphandlingen. Förvaltningsrätten i Göteborg avslog ansökningarna om överprövning den 12 maj 2015 (mål nr 11692-14). VGR ingick dock inte avtal med den vinnande anbudsgivaren då regionen redan anställt ett antal sekreterare samt då giltighetstiden på anbuden i upphandlingen hade löpt ut.
4. Enligt uppgift från VGR sade flera sekreterare oförutsett upp sig från sina anställningar efter sommaren 2015. Med anledning av detta kontaktade VGR ett antal tänkbara leverantörer och ingick sedermera avtal med Conscriptor den 1 oktober 2015, med ikraftträdande samma datum och gällande fram till och med den 1 oktober 2016, se bilaga 1. Därefter löper avtalet tillsvidare med en uppsägningstid om tre månader.
5. Något slutligt pris framgår inte av avtalet utan ersättning utgår med 3,20 kronor per skriven rad. VGR har inte garanterat några volymer. VGR bedömde vid avtalsingåendet att avtalet inte skulle överstiga gränsen för direktupphandling. Conscriptor har under avtalstiden löpande fakturerat för de tjänster som utförts.
6. I november 2015 insåg VGR att direktupphandlingsgränsen skulle överstigas och beslutade att påbörja en ny annonserad upphandling. VGR har under Konkurrensverkets utredning uppgett att planeringen var att lägga ut en annons om upphandlingen den 30 juni 2016 och att ett nytt upphandlat avtal skulle kunna tecknas den 10 oktober 2016. VGR:s angivna tidsplan för upphandlingen bifogas ansökan, se bilaga 2.
7. VGR har vid tidpunkten för denna ansökan ännu inte annonserat en ny upphandling av de aktuella tjänsterna. VGR har dock i en upphandlingsdatabas lagt ut ett förfrågningsunderlag avseende "Bemanning medicinska



sekreterare” på remiss. Potentiella anbudsgivare i en kommande upphandling har därmed getts tillfälle att lämna synpunkter på förfrågningsunderlaget senast den 26 september 2016.

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

8. Enligt huvudregeln i 15 kap. 4 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer därigenom få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver dock inte annonseras (15 kap. 3 § andra stycket). Vid tidpunkten för den aktuella upphandlingens påbörjande uppgick direktupphandlingsgränsen till 505 800 kronor.

Avtalets värde överstiger direktupphandlingsgränsen

9. Det aktuella avtalet mellan VGR och Conscriptor avser tjänster som enligt bilaga 3 till LOU utgör så kallade B-tjänster (kategori 27; Övriga tjänster). För offentlig upphandling av sådana tjänster ska 15 kap. LOU tillämpas.
10. Beräkningen av avtalets värde i mål om upphandlingsskadeavgift ska ske enligt 15 kap. 3 a § LOU när det är fråga om upphandling som inte omfattas av lagens direktivstyrda bestämmelser.¹ Enligt denna bestämmelse ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas. Beräkningen ska innefatta värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats.
11. Avtalet mellan VGR och Conscriptor löper under ett års tid och övergår därefter till ett tillsvidareavtal med tre månaders uppsägningstid, såvida det inte sägs upp före avtalstidens utgång. Av det aktuella avtalet framgår inte något totalpris, ersättning utgår istället för faktiskt genomfört arbete.
12. Regleringen av avtalstiden innebär att avtalet teoretiskt kan löpa under en obegränsad tid. Det är därmed inte möjligt att uppskatta värdet av avtalets förlängningsklausul. Avtalsvillkoren är således utformade på ett sådant sätt att det inte går att på förhand fastställa det totala belopp som ska betalas med ledning av 15 kap. 3 a § LOU.
13. VGR har dock under utredningen uppgett att Conscriptor fakturerat sammanlagt 2 276 730 kr under tiomånadersperioden oktober 2015 – juli 2016. Det står således klart att avtalets värde påtagligt överstiger gränsen för direktupphandling redan under ordinarie avtalstid. Eftersom avtalets värde överstiger direktupphandlingsgränsen skulle VGR i enlighet med huvudregeln ha annonserat upphandlingen. Någon föregående annonsering har dock inte skett.

¹ Se 17 kap. 4 § andra stycket LOU.



Det fanns inte några skäl att underlåta annonsering

14. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga.² Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.³
15. VGR har under Konkurrensverkets granskning angett att avtalet till en början ingicks i tron att fakturerade belopp inte skulle överstiga den tillämpliga direktupphandlingsgränsen. När gränsen överskreds fortsatte dock VGR att köpa journalföringstjänsterna. Enligt VGR har det förelegat synnerliga skäl att fortsätta att köpa tjänsterna för att inte äventyra patientsäkerheten.
16. Konkurrensverket ifrågasätter inte att VGR har ett ansvar att föra journaler och att man har skyldigheter enligt andra regelverk. Detta medför dock inte att VGR haft rätt att bortse från de skyldigheter som följer av annan lagstiftning såsom exempelvis upphandlingslagstiftningen.
17. Det är endast möjligt att göra undantag från annonseringsskyldigheten om det är fråga om vissa mycket speciella hälso- och sjukvårdstjänster. I sådana situationer kan synnerliga skäl bedömas föreligga. De situationer som avses är sådana där relationen mellan vårdgivare och vårdtagare skulle störas och vården därmed försämrats eller där det endast finns ett möjligt vård- och boendevalterativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning.⁴ Även fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör en annonserad upphandling grundar rätt till direktupphandling.⁵ Enligt Konkurrensverkets mening kan den omständigheten att det är fråga om allmännyttiga tjänster inte i sig vara tillräcklig för att synnerliga skäl ska anses föreligga. I sådana fall skulle undantaget vara tillämpligt i ett mycket stort antal upphandlingssituationer.
18. Kammarrätten i Göteborg har genom ett avgörande den 18 april 2007 i mål nr 6870–6871-06 tydliggjort i vilka situationer synnerliga skäl kan anses föreligga avseende hälso- och sjukvårdstjänster. Domstolen bedömde bland annat att det ligger i sakens natur att föreskriften om synnerliga skäl måste leda till att en direktupphandling, där upphandlingens värde inte är lågt, bara får ske i enstaka fall där omständigheterna är mycket speciella, exempelvis i ett

² Se 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

³ Se bl.a. EU-domstolens uttalanden i mål 199/85 *Kommissionen mot Italien*, punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 58, mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

⁴ Prop. 2001/02:142 s. 99.

⁵ A. prop. s. 99.

enstaka fall för vård av mycket vårdkrävande patienter. Att använda direktupphandling som en generell upphandlingsmetod är inte tillåtet.⁶

19. Av förarbetsuttalanden och av praxis framgår alltså att en direktupphandling kan vara tillåten endast när det gäller att garantera vården i ett specifikt vårdfall. I detta fall är det inte fråga om ett enskilt vårdfall eller ens att vård utförs. Det är istället fråga om att transkribera vad en läkare dikterat under ett möte med en patient. Det kan inte anses vara fråga om sådana mycket speciella vårdsituationer som faller in under undantaget för synnerliga skäl.
20. Enligt Konkurrensverkets uppfattning har det heller inte framkommit några andra skäl som motiverar avsaknaden av konkurrensutsättning. Avtalet borde därför rätteligen ha annonserats enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU. Eftersom någon sådan annonsering inte har skett utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

21. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § 3 LOU). Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.⁷
22. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁸

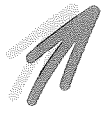
Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

23. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (17 kap. 7 § LOU).
24. Det avtal som ansökan avser är undertecknat av parterna den 29 september 2015 respektive den 14 januari 2016. Ett bindande avtal mellan parterna har enligt Konkurrensverkets uppfattning uppkommit den 1 oktober 2015, vilket var den tidpunkt då VGR började nyttja avtalet.

⁶ Jfr även Kammarkollegiets vägledning 2011:6 om direktupphandling s. 11.

⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

⁸ A prop. s. 196–197.



Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

25. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁹
26. Fastställandet av avgiftens storlek förutsätter att ett kontraktsvärde kan bestämmas. I det aktuella fallet kan kontraktsvärdet dock inte uppskattas enligt 15 kap. 3 a § LOU beroende på avtalets utformning (se punkt 12-13 ovan). Enligt Konkurrensverkets uppfattning bör därför den så kallade 48-månadersregeln i 3 kap. 12 § LOU vara vägledande vid fastställandet av avtalets värde.¹⁰ Enligt denna bestämmelse ska värdet av ett tjänstekontrakt som löper på obestämd tid bestämmas till det uppskattade värdet per månad multiplicerat med 48.
27. VGR har uppgett att Conscriptor med anledning av avtalet fakturerat sammanlagt 2 276 730 kronor under perioden oktober 2015 – juli 2016. Konkurrensverket finner inte anledning att ifrågasätta uppgifterna. Den genomsnittliga månadskostnaden under denna tiomånadersperiod uppgår därmed till 227 673 kronor. Med en tillämpning av beräkningsregeln i 3 kap. 12 § LOU ska därmed avtalets värde uppskattas till 10 928 304 kronor (227 673 kr x 48 mån). Upphandlingsskadeavgiften kan således uppgå till högst 1 092 830 kronor.
28. Vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (17 kap. 5 § LOU).
29. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹¹
30. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot

⁹ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹⁰ Konkurrensverket har i tidigare mål om upphandlingsskadeavgift använt denna metod för att uppskatta det totala kontraktsvärdet när det direktupphandlade avtalet löpt under obegränsad tid. Jfr t.ex. Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 4915-13, där Konkurrensverket fick fullt bifall till sitt yrkande.

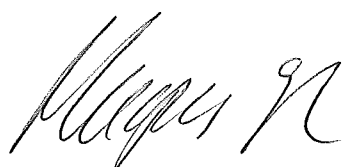
¹¹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.¹² Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹³

31. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Det rör sig också om en klar överträdelse av regelverket. Konkurrensverket kan vidare konstatera att VGR tidigare har varit föremål för verkets granskning. Förvaltningsrätten i Göteborg har därvid i dom den 29 september 2015 i mål nr 6705-15 beslutat att bifalla Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift med anledning av en otillåten direktupphandling av tjänster om maskinell dosdispensering och leverans.¹⁴ Att VGR på nytt har företagit en otillåten direktupphandling måste ses som en försvårande omständighet vid bestämmandet av överträdelsens sanktionsvärde.¹⁵
32. Vid en sammantagen bedömning av samtliga omständigheter i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 450 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.



Per Karlsson



Magnus Ehn

¹² A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

¹³ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

¹⁴ Förvaltningsrättens dom överklagades inte och har därmed vunnit laga kraft.

¹⁵ Jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 20 november 2014 i mål nr 4402-04. Kammarrätten fann att Malmö kommun, som hade genomfört två otillåtna direktupphandlingar (en om snöröjningstjänster och en om ramavtal för hyra av byggställningar) under en period om tre år, uppvisade ett sådant upprepat beteende som påverkade avgiftens storlek i skärpande riktning.